

Quito, D.M. 18 de agosto de 2021

CASO No. 45-17-AN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES, EXPIDE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: La Corte Constitucional analiza si la Contraloría General del Estado dio cumplimiento a dos pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado. Luego del análisis, se acepta la acción al constatar el incumplimiento de las disposiciones demandadas.

I. Antecedentes procesales

1. El 05 de octubre de 2017, Aldrin Díaz Puglla, en calidad de procurador judicial del capitán de navío Alejandro Vinicio Vela Loza, director general y representante legal del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (“ISSFA”), presentó una acción por incumplimiento en contra de la Contraloría General del Estado (“CGE”), por el presunto incumplimiento de los pronunciamientos del Procurador General del Estado No. 08653 de 07 de mayo de 2004 y No. 13965 de 06 de enero de 2005.
2. El 11 de enero de 2018, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dispuso que la entidad accionante complete y aclare su demanda, conforme a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 55 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”). El 29 de enero de 2018, la entidad accionante dio cumplimiento a lo requerido.
3. En auto de 20 de febrero de 2018, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite el caso y, por sorteo, su sustanciación correspondió a la entonces jueza constitucional Roxana Silva Chicaiza.
4. Una vez posesionados los actuales jueces de la Corte Constitucional, mediante sorteo de 12 de noviembre de 2019, correspondió su sustanciación a la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo; quien en auto de 10 de mayo de 2021, avocó conocimiento y convocó a las partes a audiencia¹.
5. El 27 de mayo de 2021, se celebró la audiencia pública dentro de la presente causa, diligencia a la que concurrieron Aldrin Díaz Puglla, en calidad de procurador judicial del director general del ISSFA, y Nube Gabriela Muñoz Ortíz, de parte de la CGE.

¹ La audiencia fue dispuesta para el 20 de mayo de 2021. No obstante, por pedido de la CGE, mediante auto de 19 de mayo de 2021, fue diferida para el día 27 de mayo de 2021.

II. Normas respecto de las cuales se demanda el incumplimiento

6. La acción por incumplimiento fue planteada respecto de dos pronunciamientos del Procurador General del Estado. El primero, contenido en el oficio No. 08653 de 07 de mayo de 2004 y publicado en el Registro Oficial No. 402 de 19 de agosto de 2004 (“**primer pronunciamiento**”), mismo que en respuesta a una consulta efectuada por el ISSFA² determinó:

“Los recursos del ISSFA destinados a la cobertura de las diversas prestaciones que ofrece a sus afiliados, constituyen fondos de terceros, en tanto el ISSFA únicamente los administra, y por tanto se deben deducir de la base de cálculo de la contribución del cinco por mil a favor de la Contraloría General del Estado, en los términos del artículo 30 de su ley orgánica, correspondiendo al ISSFA justificar que dichos valores están destinados a cubrir gastos que financian las prestaciones del seguro social.

Por tanto, la contribución a la Contraloría General del Estado se debe calcular sobre la base de los ingresos del ISSFA que financien gastos administrativos así como los demás rubros que no correspondan a aportes de los afiliados”.

7. El segundo, contenido en el oficio No. 13965 de 06 de enero de 2005 (“**segundo pronunciamiento**”), que en respuesta a una segunda consulta efectuada por el ISSFA³ determinó:

“Si bien el artículo 2 de la Ley No. 42, Reformatoria de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, (Registro Oficial No. 404 de 23 de agosto de 2004), modificó la letra a) del artículo 30 de la ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en la parte relacionada con la contribución del cinco por mil que beneficia a dicho Organismo de Control, y que corresponde transferir a todas las instituciones del Estado, esta Procuraduría General del Estado es de la opinión que tales reformas no afectan los preceptos constitucionales en los que se soportan sus pronunciamientos relativos a los fondos que, en materia de seguridad social, deben ser considerados para efectos de la contribución del cinco por mil a favor de la Contraloría General del Estado.

En lo fundamental, esta Procuraduría General del Estado considera que los fondos de la seguridad social, esto es aquellos destinados a la cobertura de las diferentes prestaciones, por ser distintos a los del Estado, no deben ser objeto de la contribución

² La consulta efectuada por el ISSFA fue: “Si los fondos que recibe el ISSFA de sus afiliados y la contribución del Estado, destinados a restituirlos a su mismo favor en el mediano o largo plazo, en forma de prestaciones, tales como devolución de fondos de reserva, pensiones, cesantía, atenciones y servicios de salud, seguro de vida y otros. ¿constituye (sic) para el ISSFA fondos de terceros y por tanto no sujeto de contribución a la Contraloría General del Estado?”.

³ La consulta efectuada por el ISSFA fue: “El artículo 2 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 404 del lunes 23 de agosto del 2004 que sustituyó la frase “los fondos de terceros destinados a sus respectivos beneficiarios” por: “...los fondos recaudados a favor de otras entidades y que deben ser transferidos a aquellas...”, dejó o no sin aplicabilidad el pronunciamiento emitido por usted señor Procurador en oficio No. 008653 de 7 de mayo del 2004”.

del cinco por mil a favor de la Contraloría, toda vez que no constituyen ingresos de las instituciones del sector público que los administran (IESS, ISSFA, ISSPOL) ni de ninguna otra institución pública; en consecuencia, la contribución a la Contraloría General del Estado se deberá calcular sobre la base de los ingresos de tales entidades que financien gastos administrativos así como los demás rubros que no correspondan a aportes de los afiliados.

De lo expuesto, se infiere que los pronunciamientos de esta Procuraduría General del Estado contenidos en los oficios No. 06449 de 9 de febrero de 2004; y, Nos. 08652 y 08653 de 7 de mayo de 2004, respectivamente, mantienen vigencia y aplicabilidad”.

III. Fundamentos de las partes

3.1. Fundamentos y pretensión de la entidad accionante

8. La entidad accionante explica que de acuerdo al texto del artículo 30 literal a) de la Ley Orgánica de la CGE, que entró en vigencia el 12 de junio de 2002⁴, el presupuesto anual de la CGE se financiaba con el cinco por mil de los ingresos presupuestados de las instituciones del Estado, excepto por aquellos ingresos que provengan de “fondos de terceros destinados a sus respectivos beneficiarios”, entre otros.
9. Señala que a pesar de lo establecido en la ley, “la Contraloría General del Estado procedió a debitar mensualmente de la Cuenta del Banco Central 01330068 perteneciente al ISSFA desde el cinco de enero de 2004 el valor del cinco por mil calculándolo sobre el total de ingresos, haciendo caso omiso de la excepción prevista en la ley [...]. Ante esta situación el ISSFA realizó una consulta al señor Procurador General del Estado para determinar si los fondos que recibe el ISSFA de sus afiliados y la contribución del Estado ¿constituyen fondos de terceros y por tanto no sujeto de contribución a la Contraloría General del Estado?”.
10. Explica que en oficio No. 08653 de 07 de mayo de 2004, el Procurador General del Estado señaló que dichos recursos constituyen fondos de terceros, debiendo calcular la contribución del cinco por mil sobre la base de los ingresos que financien gastos administrativos y excluyendo los aportes de los afiliados. Sostiene que el ISSFA realizó varios requerimientos a la CGE comunicándole el criterio adoptado por el

⁴ El artículo 30 literal a) de la Ley Orgánica de la CGE, en 2002, establecía en su parte pertinente: “[...] El presupuesto de la Contraloría General del Estado se financiará con: a) La transferencia del cinco por mil de los ingresos presupuestados, de todas las instituciones del Estado y, en la parte proporcional de las personas jurídicas de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado en el 50% o más, con recursos públicos, y que de conformidad con esta Ley, se encuentran sometidas al control de la Contraloría General del Estado. **Exceptúanse del cobro de este aporte exclusivamente** los ingresos provenientes de empréstitos internos y externos, los saldos iniciales de caja, los fondos de terceros destinados a sus respectivos beneficiarios, los de: la Junta de Beneficencia de Guayaquil, Cruz Roja Ecuatoriana, Sociedad de la Lucha Contra el Cáncer (SOLCA), y Sociedad Protectora de la Infancia. En el caso de las universidades y escuelas politécnicas, se estará a lo que dispone la Ley Orgánica de Educación Superior; [...]” (énfasis añadido).

Procurador General del Estado y solicitándole que suspenda el débito que supera la base imponible que corresponde, así como que proceda al reintegro de los valores cobrados en exceso.

11. Al respecto, mediante oficio No. 049662-DJJ de 30 de septiembre de 2004, el Contralor General del Estado habría respondido expresando que el pronunciamiento del Procurador General del Estado carece de aplicabilidad por una reforma del literal a) del artículo 30 de la Ley Orgánica de la CGE de 23 de agosto de 2004⁵.
12. Ante esto, el ISSFA consultó al Procurador General del Estado si la mencionada reforma dejó sin efecto el pronunciamiento de 07 de mayo de 2004, misma que fue respondida en oficio No. 13965 de 06 de enero de 2005 en el sentido de que la reforma normativa no afecta *“los preceptos constitucionales en los que se soportan sus pronunciamientos relativos a los fondos que, en materia de seguridad social, deben ser considerados para efectos de la contribución del cinco por mil a favor de la Contraloría General del Estado. En lo fundamental, esta Procuraduría General del Estado considera que los fondos de la seguridad social, esto es aquellos destinados a la cobertura de las diferentes prestaciones, por ser distintos a los del Estado, no deben ser objeto de la contribución del cinco por mil a favor de la Contraloría, toda vez que no constituyen ingresos de las instituciones del sector público que los administran (IESS, ISSFA, ISSPOL) ni de ninguna otra institución pública”*, ratificando el pronunciamiento de 07 de mayo de 2004.
13. Alude que el ISSFA realizó nuevos requerimientos, ante lo cual la CGE mantuvo que los pronunciamientos del Procurador General del Estado no resultan aplicables. Por lo que, sostiene que *“solo a partir del año 2015 se cumplió con el pronunciamiento del señor Procurador pero por parte del Ministerio de Finanzas, sin que la Contraloría General del Estado por el lapso de diez años hay (sic) cumplido con dicho mandato”*.
14. Señala que el incumplimiento de la CGE se produce *“al haber cobrado la contribución del 5 por mil, sin considerar solo los ingresos que financian gastos administrativos, sino todos los ingresos del ISSFA, lo cual asciende a un valor de USD 24'474.255,88 [...] por el periodo de enero de 2004 hasta diciembre de 2013”*

⁵ El artículo 30 literal a) de la Ley Orgánica de la CGE, tras la reforma, establecía en su parte pertinente: *“[...] El presupuesto de la Contraloría General del Estado se financiará con: a) La transferencia del cinco por mil de los ingresos presupuestados, de todas las instituciones del Estado y, en la parte proporcional de las personas jurídicas de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos, y que de conformidad con esta Ley, se encuentran sometidas al control de la Contraloría General del Estado. Exceptúanse del cobro de este aporte exclusivamente los ingresos provenientes de empréstitos internos y externos, los saldos iniciales de caja, los fondos recaudados a favor de otras entidades y que deben ser transferidos a aquellas; y, las recaudaciones y recuperaciones de la AGD destinadas a pagar a los perjudicados por la banca cerrada, los de: la Junta de Beneficencia de Guayaquil, Cruz Roja Ecuatoriana, Sociedad de la Lucha Contra el Cáncer (SOLCA), y Sociedad Protectora de la Infancia. En el caso de las universidades y escuelas politécnicas, se estará a lo que dispone la Ley Orgánica de Educación Superior; [...]”*.

y que los pronunciamientos del Procurador General del Estado contienen una obligación clara, expresa y exigible.

15. Finalmente, establece que el incumplimiento de la CGE vulnera los derechos a la seguridad social, a la seguridad jurídica y al no menoscabo de los fondos previsionales de la seguridad social previsto en el artículo 372 de la Constitución de la República (“CRE”), afectando al ISSFA y a sus afiliados quienes son “*dependientes y derechohabientes a través del ejercicio específico de sus prestaciones*”.
16. Como constancia del reclamo previo, la entidad accionante, adjuntó a su demanda copias de: (i) oficio No. 018713-SDF de 29 de abril de 2004 del Contralor General del Estado (e)⁶, (ii) oficio No. 040109-ISSFA-b2 de 18 de mayo de 2004 del director general del ISSFA⁷, (iii) oficio No. 040157-ISSFA-b2 de 26 de julio de 2004 del director general del ISSFA y alcance al mismo mediante oficio No. 040231-ISSFA-b2 de 10 de septiembre de 2004⁸, contestado en oficio No. 049662-DJJ de 30 de septiembre de 2004 por el Contralor General del Estado subrogante⁹, (iv) oficio No. 050034-ISSFA-b2 de 14 de febrero de 2005 suscrito por los directores generales del ISSFA, ISSPOL e IESS¹⁰, (v) oficio No. 023049-DJDJ de 19 de mayo de 2006 del Contralor General del Estado subrogante¹¹, (vi) oficio No. 070014-ISSFA-f de 14 de febrero de 2007 del director general del ISSFA¹², (vii) oficio No. 013118-DJDJ de 28

⁶ En dicho oficio, señaló: “[e]n atención a su oficio No. 040037-ISSFA-f de 22 de abril de 2004, en el cual solicita el reintegro de US \$436.720,96 que el Banco Central ha retenido [...] en concepto del Aporte del Cinco por Mil durante el presente año [...] los débitos [...] no se han efectuado de manera ilegal e inconstitucional como anota; razón por la cual no es factible atender favorablemente su pedido”.

⁷ En dicho oficio, dirigido al Contralor General del Estado subrogante, señala: “solicitar, a usted señor Contralor, se digne disponer el reintegro de los valores debitados [...] igualmente procede (sic) dejar sin efecto los futuros débitos, ya que para efectos de la contribución se deberá considerar el pronunciamiento expuesto en el oficio de referencia”.

⁸ En el oficio No. 040157-ISSFA-b2, dirigido al Contralor General del Estado subrogante, citó el primer pronunciamiento del Procurador General del Estado, entre otras consideraciones, y señaló: “por lo que solicito a Usted, señor Contralor, se digne disponer la reliquidación y devolución de valores” por concepto de la contribución del cinco por mil.

⁹ En el oficio de contestación, el Contralor General del Estado subrogante señaló: “los valores que corresponden a la Contraloría General del Estado por concepto de transferencia del 5 por mil, han sido debida y legalmente retenidos. Cabe señalar que el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, al que usted hace referencia, carece de aplicabilidad por efecto del mandato del artículo 2 de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [...] que introdujo cambios substanciales en el contenido del literal a) del artículo 30 de la Ley de la Contraloría”.

¹⁰ En dicho oficio, dirigido al Contralor General del Estado, solicitan “se digne instruir a las áreas pertinentes la reliquidación del los (sic) valores fijados y los cobrados en exceso y que en lo posterior se efectúe la contribución exclusivamente en la forma establecida por el señor Procurador General del Estado [...]”.

¹¹ En dicho oficio, el Contralor General del Estado subrogante señaló: “en lo atinente a los pronunciamientos del Procurador General del Estado, éstos dejaron de ser aplicables por haberse emitido en consideración a un marco legal que en la actualidad se encuentra reformado”.

¹² En dicho oficio, dirigido al Contralor General del Estado, señaló: “me permito solicitar a usted, señor Contralor, se digne hacerme conocer los fundamentos legales para la no aplicación del pronunciamiento del Procurador General del Estado”.

de mayo de 2008 del director jurídico encargado de la CGE¹³; (viii) oficio No. 090135-ISSFA-b2 de 17 de marzo de 2009 del director general del ISSFA¹⁴; (ix) oficio No. 090238-ISSFA-b2 de 13 de mayo de 2009 del director general del ISSFA¹⁵, contestado mediante oficio No. 09991-DJDJ de 28 de mayo de 2009 por el Contralor General del Estado¹⁶; y, (x) oficio No. 100021-ISSFA-f2 de 01 de marzo de 2010¹⁷, contestado mediante oficio No. 04565-DJDJ de 11 de marzo de 2010 por el Contralor General del Estado¹⁸.

17. Solicita que, en sentencia, se *“orden[e] la devolución de lo cobrado en exceso por parte del indicado Organismo de control”*.

3.2. Fundamentos de la entidad accionada

18. En audiencia, la representante de la CGE explicó que a partir de la primera consulta que realizó el ISSFA, el Procurador General del Estado determinó, el 07 de mayo de 2004, que los recursos del ISSFA destinados a la cobertura de las prestaciones que ofrece a sus afiliados, constituyen fondos de terceros que no deben ser considerados para el cálculo de la contribución del cinco por mil. Sin embargo, el ISSFA debía justificar estos valores, pero *“no se ha evidenciado que hasta la presente fecha, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), haya justificado el monto de los valores destinados a cubrir gastos que financian las prestaciones del seguro social; por lo que, sin este cumplimiento, no se pudo cuantificar respetivamente (sic) la base sobre la cual se debía calcular el cinco por mil para el presupuesto de la Contraloría General del Estado, [...] en el supuesto no consentido de que se conciba al dictamen como una norma”*.

¹³ En dicho oficio, dirigido al director general del ISSFA, señaló: *“la Contraloría General del Estado ha expresado con claridad el sustento constitucional y legal de la retención de la transferencia del cinco por mil que le corresponde realizar al ISSFA. Por lo tanto, y al no haberse producido cambios en la legislación aplicable al caso, se ratifican los pronunciamientos señalados”*.

¹⁴ En dicho oficio, dirigido al Contralor General del Estado, señaló: *“solicito se efectúen los débitos en legal y debida forma; es decir señor Contralor, que el cálculo para el aporte del ISSFA se lo haga sobre el presupuesto de los gastos administrativos de la Institución”*.

¹⁵ En dicho oficio, dirigido al Contralor General del Estado, señaló: *“en virtud de que a mi representado le asisten tanto las normas constitucionales citadas, cuanto los pronunciamientos vinculantes del señor Procurador General del Estado, sírvase disponer usted señor Contralor, que de manera inmediata cesen los débitos de la cuenta que el ISSFA mantiene con el Banco Central del Ecuador”*.

¹⁶ En dicho oficio de contestación, el Contralor General del Estado, señaló: *“no es posible atender favorablemente su solicitud”*.

¹⁷ En dicho oficio, dirigido al Contralor General del Estado, señaló: *“[u]na vez más solicito señor Contralor General del Estado, se efectúen los débitos en legal y debida forma; es decir señor Contralor, que el cálculo para el aporte del ISSFA se lo haga sobre el presupuesto de los gastos administrativos de la Institución. [...] consideración que responde claramente a lo observado oportunamente por el señor Procurador General del Estado”*.

¹⁸ En dicho oficio de contestación, el Contralor General del Estado señaló: *“[l]os argumentos jurídicos y petición [...] fueron ya objeto de anteriores comunicaciones [...] que contiene (sic) la posición de la Contraloría General del Estado respecto a los argumentos y la solicitud por usted presentados. [...] no cabe sino ratificar una vez más lo expresado en el antes mencionado oficio 06351-DJDJ”*.

19. Explica que, posteriormente, con la primera reforma al artículo 30 de la Ley Orgánica de la CGE de 23 de agosto de 2004, el rubro correspondiente a *“los fondos de terceros destinados a sus respectivos beneficiarios”* ya no constaba como valor excluido del cálculo de la contribución del cinco por mil.
20. Por ello, la CGE considera que el segundo pronunciamiento no resulta aplicable y aduce que, en su lugar, aplicó la Ley Orgánica de la CGE. Al respecto, la CGE manifiesta que el Procurador General del Estado consideró que el primer pronunciamiento mantiene su vigencia y aplicabilidad, sin observar que los fondos de terceros ya no estaban excluidos del cálculo de la contribución, por lo que, *“hablar de la aplicabilidad de un pronunciamiento cuyo estudio y análisis fue de una norma anterior que ya no estaba vigente no guarda una coherencia jurídica”*.
21. Explica que la CGE *“realizaba y tomaba su cinco por mil de todas las instituciones incluido el ISSFA sobre la base de ingresos reales y esto es lo que establece el artículo 30 en su inciso sexto [de la Ley Orgánica de la CGE]”*. Agrega que el inciso séptimo del mismo artículo establecía que si la CGE dejaba de recibir el aporte del cinco por mil, el gobierno central debía asumir su financiamiento a través del presupuesto general del Estado *“situación que en ningún momento se observó [... pues] no se indicó en el pronunciamiento del Procurador General del Estado, cómo se iba a cubrir este déficit institucional, lo cual volvía inviable e inaplicable el dictamen por ser contradictorio a lo expuesto por el artículo [30 de la Ley Orgánica de la CGE]”*.
22. Asimismo, señala que la misma ley establecía que *“el presupuesto general de la Contraloría no será afectado por transferencias, aportes ni deducción alguna”*, por lo que, los pronunciamientos del Procurador General del Estado contradicen la ley al establecer que se deduzcan ciertos valores del cálculo de la contribución. También afirma que la CGE estaba facultada para realizar una liquidación periódica de los valores pagados o adeudados por la mencionada contribución sobre la base de los ingresos reales de las instituciones del Estado.
23. Sobre la naturaleza de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, señala que el Tribunal Constitucional en la resolución No. 426 de 31 de diciembre de 2003 expresó que estos eran actos derivados de la administración consultiva que influyen en la aplicación de normas. Sin embargo, en su criterio, se limitan a emitir opiniones, por lo que, *“no ocasiona efectos individuales, concretos y directos”*. No obstante, a partir de 2009, la Corte Constitucional define a los pronunciamientos del Procurador General del Estado como una *“norma que crea derecho”*.
24. Al respecto, la representante de la CGE considera que los pronunciamientos objeto de este proceso no constituyen norma porque: **(i)** no son generales dado que se limitan a resolver una discrepancia entre el ISSFA y la CGE, convirtiéndose en actos administrativos; **(ii)** no son abstractos dado que sin motivación se limitan a emitir una opinión respecto de cómo se debe calcular la contribución del cinco por mil

respecto del ISSFA “*emitiendo así una interpretación de la norma*” que le correspondía realizar al Congreso y sin hacer referencia “*a la solución jurídica del artículo 30 de la Ley Orgánica de la [CGE]*”; **(iii)** se agotan con su cumplimiento al haber declarado un derecho a favor del ISSFA; y, **(iv)** no generan derecho objetivo porque pese a que no pueden reformar el contenido de las normas, los pronunciamientos examinados lo han hecho en este caso, atendiendo una consulta respecto de un tema que no era oscuro ni ambiguo.

25. Alega que en 2014 se produjo otra reforma a la Ley Orgánica de la CGE de acuerdo a la cual el presupuesto de la CGE se financia a partir de la asignación que se otorga a través del Presupuesto General del Estado y los recursos de autogestión, perdiendo autonomía sobre su presupuesto. Asimismo, expresó que a partir de esta reforma se estableció que se transferirá al Presupuesto General del Estado el cinco por mil de los ingresos presupuestados de varias entidades entre las que constaban expresamente las instituciones de seguridad social para financiar a la CGE.
26. Considera que no existe incumplimiento de normas ni vulneración del derecho a la seguridad jurídica y que en virtud de que la CGE perdió autonomía sobre su presupuesto, el Ministerio de Finanzas es quien deberá realizar una erogación económica en caso de aceptarse la acción; por lo que, la demanda también se debió interponer contra dicha cartera de Estado. Asimismo, considera que la acción por incumplimiento no es la vía adecuada para solventar la pretensión de la entidad accionante y que el ISSFA debió proponer una reforma al artículo 30 de la Ley Orgánica de la CGE o interponer una acción pública de inconstitucionalidad.
27. Por lo expuesto, solicita que se deseche la presente acción.

IV. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

4.1. Competencia

28. La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones por incumplimiento, de conformidad con lo previsto en los artículos 93 y 436, numeral 5 de la CRE, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 52 al 57 de la LOGJCC.

4.2. Consideración previa

29. Los artículos 436 numeral 5 de la CRE y 52 de la LOGJCC identifican como objeto de esta garantía jurisdiccional, el garantizar la aplicación de: **(i)** normas que integran el sistema jurídico, **(ii)** actos administrativos de carácter general, y **(iii)** sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, que contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. De ahí que el ámbito de aplicación que ocupa esta garantía puede obedecer

tanto a una naturaleza normativa e interna, como a una naturaleza jurisdiccional y supranacional¹⁹.

30. En el presente caso, la entidad accionante ha presentado su demanda por el supuesto incumplimiento de dos pronunciamientos del Procurador General del Estado. Por lo que, corresponde determinar si estos son objeto de la acción por incumplimiento.
31. Esta Corte ha señalado que, de manera general, un acto normativo – independientemente de su fuente– es un acto con efectos jurídicos abstractos, obligatorios, que no se agotan con su cumplimiento, y que contienen un mandato general de prohibición, permisión u orden²⁰. Por su parte, los actos administrativos, producen efectos jurídicos concretos que extinguen, crean o modifican derechos subjetivos singularizados o singularizables, pero que se agotan con su cumplimiento y de forma directa²¹.
32. Asimismo, entre los actos administrativos pueden distinguirse dos especies, los actos administrativos de carácter general y los que tienen efectos individuales o plurindividuales. Estos últimos –que no son objeto de acción por incumplimiento, conforme la jurisprudencia de esta Corte²²– *“se encuentran, más bien, dirigidos contra un individuo o un grupo de individuos plena y claramente identificables en el propio acto administrativo”* y producen *“efectos jurídicos directos, los cuales podrían ser favorables a los intereses subjetivos del administrado o administrados, o también resultarles desfavorables”*²³.
33. En tal sentido, corresponderá a la Corte Constitucional examinar caso a caso si los pronunciamientos del Procurador General del Estado son actos normativos o actos administrativos con efectos generales. Así, conforme se señaló arriba, para que un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado sea objeto de la acción por incumplimiento, esta Corte deberá verificar que sea abstracto, general y obligatorio.
34. En el presente caso, esta Corte encuentra que el texto vigente al año 2004 de los artículos 3 literal e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado otorgaba al Procurador General del Estado la atribución de absolver, de forma vinculante, consultas *“sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley”*²⁴.

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 7-14-AN/21 de 24 de marzo de 2021.

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 7-14-AN/21 de 24 de marzo de 2021.

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 7-14-AN/21 de 24 de marzo de 2021.

²² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 7-14-AN/21 de 24 de marzo de 2021.

²³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 4-13-IA/20 de 02 de diciembre de 2020.

²⁴ La palabra *“constitucionales”* fue suprimida de esta norma a través de la sentencia No. 002-09-SAN-CC, caso No. 0005-08-AN de 02 de abril de 2009.

35. El primer pronunciamiento del Procurador General del Estado estableció que los valores destinados a cubrir las prestaciones que el ISSFA ofrece a sus afiliados, constituyen fondos de terceros y concluyó que *“la contribución a la Contraloría General del Estado se debe calcular sobre la base de los ingresos del ISSFA que financien gastos administrativos así como los demás rubros que no correspondan a aportes de los afiliados”*. Por el otro lado, el segundo pronunciamiento determinó que el primer pronunciamiento estaba vigente y resultaba aplicable *“en consecuencia, la contribución a la Contraloría General del Estado se deberá calcular sobre la base de los ingresos de tales entidades que financien gastos administrativos así como los demás rubros que no correspondan a aportes de los afiliados”*.
36. Es así que, en el caso concreto, esta Corte encuentra que por el contenido de lo dispuesto en los pronunciamientos que se acusan incumplidos, estos contienen un mandato general y abstracto²⁵ en el sentido de que para el cálculo de la contribución del cinco por mil a favor de la CGE, no se debían considerar los aportes de los afiliados del ISSFA. Tampoco están dirigidos a un individuo o grupo de individuos en particular sino al ente que debe determinar el monto de la contribución, son vinculantes y no se agotan con su cumplimiento dado que debían ser tomados en cuenta cada vez que se realizaba el cálculo de la contribución del cinco por mil a favor de la CGE. Por consiguiente, esta Corte encuentra que los pronunciamientos del Procurador General del Estado, sujetos a análisis en este caso concreto, por su contenido se reputan actos normativos. Es así que, se procederá con el análisis de fondo respecto de ambos pronunciamientos.

4.3. Análisis constitucional

37. El artículo 93 de la CRE establece:

“La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o

²⁵ Pese a que la resolución No. 024 del Procurador General del Estado que resolvió “Expedir el procedimiento para atención de consultas que se formulen a la Procuraduría General del Estado” fue publicada en el Registro Oficial el 17 de julio de 2019, es decir de forma posterior a los pronunciamientos objeto de la presente acción, esta Corte toma nota de los artículos 1 y 2 que establecen respectivamente: **“El pronunciamiento del Procurador General del Estado contiene un dictamen general y abstracto sobre la aplicación de normas jurídicas y no constituye una decisión administrativa ni la sustituye o convalida en aquellos casos particulares en los cuales las respectivas autoridades de los organismos, instituciones o entidades del sector público deban adoptarla”** y **“Las consultas versarán sobre la aplicación de normas de jerarquía infraconstitucional sobre cuya aplicación exista duda, y no se referirán a asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis. [...] El pronunciamiento del Procurador General del Estado tratará exclusivamente sobre la aplicación de disposiciones jurídicas in abstracto, y no será utilizado como medio de prueba en los procesos judiciales en los que las entidades del Estado son parte”** (énfasis añadido).

decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.

38. Asimismo, el artículo 52 de la LOGJCC determina que la acción procederá cuando la norma cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.
39. La obligación de **hacer o no hacer** contenida en la acción por incumplimiento se verifica cuando se establece la realización o abstención de una conducta, por una parte, conforme lo ordenado en la normativa, mientras que la otra parte, debe recibir el beneficio de lo ordenado o exigir su cumplimiento. Para que exista una obligación de hacer o no hacer, debe contener los siguientes elementos: (i) el obligado a ejecutar, (ii) el contenido de la obligación; y, (iii) el titular del derecho²⁶.
40. Ahora bien, es **clara** cuando los elementos de la obligación (el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto de la obligación) están determinados o son fácilmente determinables. La obligación debe ser entendible, su contenido evidente y no requerir de interpretaciones extensivas para identificar la obligación²⁷.
41. Para que una obligación sea **expresa** debe estar redactada en términos precisos y específicos de manera que no dé lugar a equívocos. El contenido de la obligación debe estar manifiestamente escrito en la ley, la obligación no debe ser implícita ni producto de una inferencia indirecta. Finalmente, para que una obligación sea **exigible** no debe mediar plazo o condición que esté pendiente de verificarse²⁸. Al respecto, la Corte en la sentencia 41-12-AN/19 establece que “[d]e conformidad con la LOGJCC estos requisitos son concurrentes, por lo cual deben ser cumplidos en su totalidad”.

4.3.1 Primer pronunciamiento

42. Este pronunciamiento fue emitido el 07 de mayo de 2004 para solventar la consulta efectuada por el ISSFA en cuanto a si “*los fondos que recibe el ISSFA de sus afiliados y la contribución del Estado, destinados a restituirlos a su mismo favor [...] ¿constituye para el ISSFA fondos de terceros y por tanto no sujeto de contribución a la Contraloría General del Estado?*” tomando en cuenta que, en la época, el literal a) del artículo 30 de la Ley Orgánica de la CGE fijaba como valor excepcionado de la base de cálculo de la mencionada contribución a “*los fondos de terceros destinados a sus respectivos beneficiarios*”.

²⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencias Nos. 38-12-AN/19 de 04 de diciembre de 2019 y 6-16-AN de 05 de mayo de 2021.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencias Nos. 037-13-AN/19 de 07 de noviembre de 2019, 6-13-SAN-CC de 17 de julio de 2013 y 23-11-AN/19 de 25 de septiembre de 2019.

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencias Nos. 037-13-AN/19 de 07 de noviembre de 2019 y 41-12-AN/19 de 16 de octubre de 2019.

43. De acuerdo al contenido de la disposición citada en el párrafo 6 *supra*, se advierte que el Procurador General del Estado estableció que la contribución del cinco por mil que le correspondía recibir a la CGE debía ser calculada tomando en cuenta los ingresos del ISSFA que financien gastos administrativos y demás rubros que no correspondan a los aportes de los afiliados.
44. En este sentido, cumple con determinar:
- Sujeto activo*: el ISSFA al ser sus ingresos presupuestados la base de cálculo para la contribución del cinco por mil y a quien, como administrador de los fondos de la seguridad social de sus afiliados, le corresponde reclamar el cumplimiento de la obligación.
 - Sujeto pasivo*: pese a no estar determinado, es fácilmente determinable, en tanto el artículo 30 de la Ley Orgánica de la CGE establecía que respecto de las instituciones del Estado que no sean parte del gobierno central “*se procederá mediante la retención automática mensual por parte de los bancos depositarios privados y públicos, en las alícuotas establecidas por la Contraloría General del Estado*”. Es decir, a la propia CGE le correspondía determinar los valores que serían descontados al ISSFA para pagar la contribución del cinco por mil e incluso “*realizar en forma periódica [...] la liquidación de los valores pagados o adeudados por concepto del cinco por mil, sobre la base de los ingresos reales*”, de acuerdo al mismo artículo.
 - Obligación determinada*: consistente en excluir los rubros que correspondan a aportes de los afiliados del cálculo de la contribución del cinco por mil, debiendo realizar dicho cálculo sobre la base de los ingresos del ISSFA que financien gastos administrativos.
45. Es así que, el primer pronunciamiento contiene los elementos de una obligación de no hacer, cumpliendo además los requisitos de ser clara y expresa al estar redactada en términos precisos y específicos. En cuanto a la exigibilidad, esta Corte observa que la norma no establece plazos ni estipulaciones tendientes a condicionar la forma de calcular la contribución del cinco por mil si concurre una u otra circunstancia. El hecho de que el primer pronunciamiento establezca que le corresponde al “*ISSFA justificar que dichos valores están destinados a cubrir gastos que financian las prestaciones del seguro social*” no puede ser entendido como una condición que se debía verificar para el cumplimiento de la obligación dado que del artículo 30 de la Ley Orgánica de la CGE se desprende que el ISSFA no participaba del cálculo de la contribución del cinco por mil que sería retenida “*en las alícuotas establecidas por la Contraloría General del Estado*”, conforme se explicó en el párrafo 44 b) *supra*.
46. En este sentido, se ha verificado que la obligación contenida en el primer pronunciamiento es clara, expresa y exigible.

4.3.2 Segundo pronunciamiento

47. El segundo pronunciamiento del Procurador General del Estado absolvió una nueva consulta del ISSFA el 06 de enero de 2005 en cuanto a si la reforma al literal a) del artículo 30 de la Ley Orgánica de la CGE que suprimió a “*los fondos de terceros destinados a sus respectivos beneficiarios*” como parte de los valores excepcionados dentro del cálculo de la contribución del cinco por mil, dejó sin aplicabilidad al primer pronunciamiento. Como consta en el párrafo 7 *supra*, el Procurador General del Estado consideró que el primer pronunciamiento mantiene su vigencia y aplicabilidad y ratificó lo dispuesto en él en tanto:

*“los fondos de la seguridad social, esto es aquellos destinados a la cobertura de las diferentes prestaciones, por ser distintos a los del Estado, no deben ser objeto de la contribución del cinco por mil a favor de la Contraloría, toda vez que **no constituyen ingresos de las instituciones del sector público que los administran** (IESS, ISSFA, ISSPOL) ni de ninguna otra institución pública; en consecuencia, la contribución a la Contraloría General del Estado se deberá calcular sobre la base de los ingresos de tales entidades que financien gastos administrativos así como los demás rubros que no correspondan a aportes de los afiliados”* (énfasis añadido).

48. En tal sentido, el Procurador General del Estado consideró que aun cuando en ese momento ya no constaba en el literal a) del artículo 30 de la Ley Orgánica de la CGE que los fondos de terceros debían excluirse del cálculo de la contribución del cinco por mil, los fondos de la seguridad social –al no ser ingresos de una institución del Estado– no debían ser objeto de la contribución del cinco por mil. Es así que, ratificó que la base de cálculo corresponde a los ingresos que financien gastos administrativos, excluyendo los aportes de los afiliados.
49. El segundo pronunciamiento al contener la misma obligación que el primero también cumple con determinar el sujeto activo (haciendo referencia también al IESS e ISSPOL) y pasivo, así como la obligación clara y precisa a ser cumplida; por lo que, existe una obligación de no hacer clara y expresa, que además es exigible en tanto no se establece un plazo o condición que esté pendiente de cumplimiento.
50. Una vez que se ha verificado que las normas respecto de las cuales se solicita su cumplimiento contienen una obligación clara, expresa y exigible, corresponde entonces analizar si han sido cumplidas por parte de la CGE.

¿La CGE cumplió con la obligación de excluir del cálculo de la contribución del cinco por mil a los aportes de los afiliados del ISSFA, establecida en los pronunciamientos del Procurador General del Estado?

51. Conforme se desprende del párrafo 14 *supra*, la entidad accionante aduce que el incumplimiento demandado se habría producido porque la CGE habría cobrado la

contribución del cinco por mil en el periodo de enero de 2004 a diciembre de 2013²⁹, calculándola en base a los ingresos reales del ISSFA y sin excluir los aportes de sus afiliados. Del análisis del expediente y de las alegaciones vertidas durante la audiencia pública, se encuentra que para la CGE los pronunciamientos del Procurador General del Estado no eran aplicables al cálculo de la contribución del cinco por mil que le correspondía efectuar al ISSFA y que, por tanto, habría calculado las alícuotas que debían ser retenidas tomando como base la totalidad de los ingresos del ISSFA aun cuando parte de ellos correspondía a los aportes de los afiliados. Al respecto, la representante de la CGE manifestó expresamente que dicha institución *“realizaba y tomaba su cinco por mil de todas las instituciones incluido el ISSFA sobre la base de ingresos reales”*.

52. Adicionalmente, esta Corte advierte que según lo alegado por la entidad accionante, a partir del año 2015 le correspondió al Ministerio de Finanzas realizar el cálculo de una contribución para financiar a la CGE en razón de la disposición vigésimo cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas³⁰. En esa línea, del expediente constitucional consta el memorando No. MINFIN-SRF-2016-0187-M de 10 de mayo de 2016 suscrito por el subsecretario de relaciones fiscales del Ministerio de Finanzas del que se desprende que dicha cartera de Estado sí consideró los pronunciamientos del Procurador General del Estado para calcular la contribución que consta en la norma referida, excluyendo los aportes de los afiliados del ISSFA. En dicho memorando se expresa:

*“Con memorando Nro. MINFIN-CGJ-2016-0233 de 15 de abril de 2016, la Coordinación General Jurídica en respuesta a la solicitud formulada por la Subsecretaría de Relaciones Fiscales [...] emite su pronunciamiento jurídico al respecto y menciona: “...dicha contribución se debe calcular sobre la base de los ingresos del ISSFA que financien gastos administrativos así como los demás rubros que no corresponden a aportes de los afiliados...”. De igual manera el pronunciamiento jurídico menciona que **los dictámenes del Procurador son obligatorios para la administración pública**. Con base a la normativa legal expuesta y al pronunciamiento de la Coordinación General Jurídica del Ministerio de Finanzas [...] me permito mencionar que **a partir del año 2015 se debió al Instituto de***

²⁹ Respecto del año 2014, a foja 56 del expediente constitucional consta un documento de fecha 29 de septiembre de 2017 suscrito por el director financiero (e) del ISSFA en el que señala: “[d]urante el año 2014, no existió ningún valor debitado por esta Contribución por parte de la Contraloría General del Estado”.

³⁰ La referida disposición establece: *“En razón de la reforma al artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que elimina las asignaciones a favor de la Contraloría General del Estado, y con el objeto de financiar a dicha institución, se transferirán obligatoriamente al Presupuesto General del Estado, el cinco por mil de los ingresos presupuestados de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas, Seguridad Social, Entidades Financieras Públicas, y en la parte proporcional de las personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria este (sic) integrado, con recursos públicos. Exceptúense el cobro de este aporte exclusivamente los ingresos provenientes de empréstitos internos y externos, donaciones, saldos iniciales de caja. El Banco Central del Ecuador debitará automáticamente de manera mensual estos recursos de las cuentas de las entidades nombradas en el inciso precedente, de acuerdo a la liquidación que emitirá el ente rector de las finanzas públicas”* (énfasis añadido).

Seguridad Social de las Fuerzas Armadas los valores correspondientes a los ingresos presupuestados por la Institución excluyendo los rubros que corresponden a los aportes de afiliados y otros expresados en la disposición vigésimo cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”³¹ (énfasis añadido).

53. Es así que, dado que la CGE no ha demostrado que cumplió lo dispuesto en los pronunciamientos del PGE, esto es, que la contribución del cinco por mil que le correspondía hacer al ISSFA entre enero de 2004 y diciembre de 2013 haya sido calculada excluyendo los aportes de sus afiliados, se tiene por incumplida la obligación contenida en los pronunciamientos del PGE.
54. Como reparación por el incumplimiento de las obligaciones examinadas, corresponde a la CGE realizar la devolución de los valores retenidos por concepto de contribución del cinco por mil que correspondían a aportes de los afiliados del ISSFA entre los años 2004 y 2013, mismos que habría recibido en función de la inobservancia de los pronunciamientos del Procurador General del Estado. Dicha devolución deberá ser asumida por la CGE a partir de su presupuesto, tomando en cuenta que las aportaciones de los afiliados del ISSFA que fueron retenidas entre 2004 y 2013 ingresaron directamente a las arcas de esta institución. En virtud de que el cumplimiento de la obligación contenida en los pronunciamientos del Procurador General del Estado implica un pago en dinero que requiere ser determinado a partir de los ingresos anuales y los montos correspondientes a los aportes de los afiliados del ISSFA, este corresponde ser determinado por la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al artículo 19 de la LOGJCC³² y las sentencias Nos. 004-13-SAN-CC y 011-16-SIS-CC dictadas por esta Corte.
55. Para el efecto, se dispone que tanto la CGE como el ISSFA entreguen al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente toda la documentación que posean para justificar: (i) los valores que correspondían a los ingresos reales del ISSFA entre los años 2004 y 2013, (ii) los valores que efectivamente fueron retenidos al ISSFA por concepto de contribución del cinco por mil entre los años 2004 y 2013 y (iii) los valores que correspondían a aportes de los afiliados del ISSFA entre los años 2004 y 2013 que efectivamente fueron retenidos como parte de la contribución del cinco por mil.
56. Ahora, respecto del cálculo de intereses sobre la retención injustificada de las aportaciones de los afiliados del ISSFA, esta Corte estima que por el paso del tiempo ordenar a la jurisdicción contencioso administrativa su determinación, podría

³¹ Foja 119 del expediente constitucional.

³² Dicho artículo establece en su parte pertinente: “Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará [...] en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado”.

ocasionar una afectación gravosa a la sostenibilidad fiscal³³, por lo que, en este caso no procede el pago de intereses.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Aceptar la acción por incumplimiento planteada por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.
2. Declarar el incumplimiento de la obligación contenida en los pronunciamientos del Procurador General del Estado emitidos mediante oficios No. 08653 de 07 de mayo de 2004 y No. 13965 de 06 de enero de 2005, entre enero de 2004 y diciembre de 2013.
3. Disponer que una conformación del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del Distrito Metropolitano de Quito determine el monto que le corresponde a la Contraloría General del Estado devolver al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas de conformidad con los párrafos 54 y 55 *supra*, para lo cual, se remitirán copias certificadas del expediente constitucional al Tribunal Contencioso Administrativo competente. Dicho órgano jurisdiccional deberá realizar la determinación de los valores que correspondían a aportes de los afiliados del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y que fueron efectivamente retenidos entre los años 2004 y 2013 como parte de la contribución del cinco por mil a favor de la Contraloría General del Estado. La Contraloría General del Estado y el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas deberán entregar toda la documentación que posean para justificar: **(i)** los valores que correspondían a los ingresos reales del ISSFA entre los años 2004 y 2013, **(ii)** los valores que efectivamente fueron retenidos al ISSFA por concepto de contribución del cinco por mil entre los años 2004 y 2013 y **(iii)** los valores que correspondían a aportes de los afiliados del ISSFA entre los años 2004 y 2013 que efectivamente fueron retenidos como parte de la contribución del cinco por mil.
4. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente deberá poner la providencia de avoco conocimiento del proceso de determinación de reparación económica en conocimiento de esta Corte en el término de 15 días a partir de la emisión de dicho avoco e informar sobre el avance del proceso periódicamente cada 90 días contados a partir del avoco de la causa, hasta dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia.

³³ El artículo 286 de la CRE dispone: “*Las finanzas públicas, en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente y procurarán la estabilidad económica. [...]*”.

5. Notifíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; y un voto salvado del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría; en sesión ordinaria de miércoles 18 de agosto de 2021.- Lo certifico.

Dra. Paulina Saltos Cisneros
SECRETARIA GENERAL (S)

SENTENCIA No. 45-17-AN

VOTO SALVADO

Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría

1. Disiento con la sentencia, de ponencia de la jueza Karla Andrade Quevedo, por las razones que expongo a continuación.
2. El caso resuelve una acción por incumplimiento de dos pronunciamientos del Procurador General del Estado (“PGE”) en contra de la Contraloría General del Estado.¹
3. La sentencia acepta la acción y declara el incumplimiento de la resolución del PGE.
4. Tengo dos reparos a la sentencia: i) la naturaleza jurídica de los pronunciamientos de la PGE; y ii) la desnaturalización de la acción por incumplimiento.

i) La naturaleza jurídica de los pronunciamientos del PGE

5. La Corte Constitucional, como menciona la sentencia, ha considerado que los pronunciamientos del Procurador General del Estado como una norma que crea derecho, independientemente de su fuente, y que tiene efectos jurídicos abstractos y obligatorios.² De igual modo, la sentencia invoca la ley vigente desde el año 2004 que establece que “*el pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública....*” y de la resolución No. 024 de 2019 en la que la PGE determinó que “[e]l pronunciamiento del Procurador General del Estado contiene un dictamen general y abstracto sobre la aplicación de normas jurídicas y no constituye una decisión administrativa”.
6. Los pronunciamientos del PGE tienen un valor importante para la administración pública, sin duda alguna. Permite dar seguridad en la aplicación de las normas cuando entidades de la administración no tienen certeza sobre el alcance de una norma o existen vacíos o ambigüedades.
7. Además, en este país todo funcionario público tiene un temor casi reverencial a las auditorías de Contraloría, según lo que he podido apreciar. Para, como se dice, “*curarse en sano.*” Entonces suelen realizar consultas a la PGE y tener respaldo en sus actuaciones. Entiendo esta función utilitaria.

¹ Acápite II de la sentencia, se citan los dos largos pronunciamientos del PGE de 7 de mayo de 2004 y 6 de enero de 2005.

² Corte Constitucional, sentencias Nos. 003-09-SIN-CC y 003-13-SIN-CC.

8. Sin embargo, se debe aclarar que los pronunciamientos del PGE son provisionales, no deben confundirse con las leyes ni con las sentencias. También debe aclararse que no deben vincular a quienes no ejercen funciones en la administración pública ni tampoco a quienes ejercen competencias jurisdiccionales.
9. Los pronunciamientos del PGE no pueden reemplazar a una ley, en cuanto a normas abstractas, ni a un juez o jueza, en cuanto a la aplicación de normas en casos concretos.³
10. Si se le otorga el valor de una ley, resultaría que la opinión de un órgano estatal reemplazaría al del órgano competente para expedir normas de carácter general y obligatorio. La opinión del PGE no tiene los resguardos procedimentales ni las necesarias deliberaciones para expedir normas generales y abstractas con el mismo valor que una ley. De ahí que las opiniones del PGE no pueden ser definitivas y pueden ser superadas si hay una interpretación auténtica por parte de quien tiene competencia para expedir la norma.
11. Si se le otorga, en casos concretos, la opinión del PGE podría equivaler a una sentencia. Pero ésta no tiene la argumentación ni la motivación exigente que debe tener una decisión jurisdiccional. Tampoco una resolución de la PGE garantiza el debido proceso en igualdad de condiciones entre quienes tienen interés en un asunto particular. De ahí, entonces, que su interpretación no debe vincular a los jueces y juezas, y que también podría ser revisable en sede judicial.
12. La Corte debe afinar sus precedentes constitucionales sobre los pronunciamientos de las resoluciones de la PGE para aclarar y distinguir la naturaleza jurídica de sus resoluciones.

ii) La desnaturalización de la acción por incumplimiento

13. El presupuesto de una resolución del PGE es que existe una norma que no es clara, expresa o exigible. Si esto es la base para pedir una consulta al PGE, entonces se debe entender que, en principio, no se cumplen los presupuestos para una acción por incumplimiento.
14. Por otro lado, al admitir una acción por incumplimiento se corre el riesgo de equiparar a la resolución del PGE con una ley o con una sentencia. Hay que evitar con sumo cuidado que esta acción se convierta en un mecanismo rápido para obtener algo que requiere ley o sentencia.

³ En este sentido la misma resolución No. 024 señala que “Las consultas versarán sobre la aplicación de normas de jerarquía infraconstitucional sobre cuya aplicación exista duda, y no se referirán a asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la Litis. [...] no será utilizado como medio de prueba en los procesos judiciales en los que las entidades del Estado son parte”.

15. Resultaría, si no se toman resguardos adecuados, que la Corte Constitucional se constituiría en el mecanismo de coacción de las resoluciones del PGE.
16. Para evitarlo, la acción por incumplimiento debe ser excepcional, en casos de resoluciones con efectos abstractas y generales (no en casos concretos), subsidiaria (si se demuestra que no hay una solución legal o jurisdiccional aplicable), y la resolución del PGE debe ser materialmente conforme a la Constitución.
17. Finalmente, me parece que el caso trata sobre una resolución que es concreta y particularizada. Tanto así, que la decisión termina haciendo una remisión al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del Distrito Metropolitano de Quito para que determine el monto que le corresponde a la Contraloría General del Estado devolver al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Esto demuestra que se trataba de un asunto que debía dilucidarse en sede administrativa, que requería prueba y que debió observarse el debido proceso en instancia judicial ordinaria.
18. Por las razones expuestas creo que la acción era improcedente.

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto salvado del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 45-17-AN, fue presentado en Secretaría General, el 19 de agosto de 2021, mediante correo electrónico a las 09:23; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Paulina Saltos Cisneros
SECRETARIA GENERAL (S)